

De 'de auditu cultuur' op de helling

Citation for published version (APA):

Spronken, T. (1991). De 'de auditu cultuur' op de helling. *Advocatenblad*, 71(12), 348-352.

Document status and date:

Published: 01/01/1991

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

opgenomen met betrekking tot de inschrijving van stukken in de openbare registers voor registergoederen. Verder is aangesloten bij wat in art. 39 Kadasterwet meer specifiek is bepaald met betrekking tot de inschrijving van rechtsmiddelen in die registers.

Het gevolg hiervan is dat het register komt te bestaan uit de door de griffier in bewaring genomen afschriften, zoals deze door hem worden bewaard, en dat tussen het "aantekenen" waarvan de art. 85 en 433 Rv spreken, en het "inschrijven" waarvan sprake is in de art. 27 tweede lid, 29 derde lid en 301 tweede lid van Boek 3, onderscheidenlijk art. 32 vierde lid van Boek 5 BW, geen materieel verschil bestaat, zoals ook bij de totstandkoming van deze laatste artikelen bedoeld is.

Zoals uit het voorgaande volgt, is de onderhavige regeling niet beperkt tot de gevallen van de voormelde BW bepalingen, maar gelden zij, behoudens art. 3, voor alle gevallen, waarin van de griffier toepassing van art. 85 en 433 Rv wordt verlangd. Men denke in het bijzonder aan de gevallen, bedoeld in art. 21 eerste en vierde lid, 163 en 183 van Boek 1 BW¹ die nu vaak aanleiding zijn tot het vragen aan de griffier van een verklaring dat tegen een door een partij verkregen uitspraak geen rechtsmiddel aan de griffier bekend is. Na het voorgaande behoeven de afzonderlijke artikelen weinig toelichting meer.

Artikel 1

De eerste zin is hiervoor reeds toegelicht. De tweede zin vindt zijn verklaring in het feit dat een conclusie waarbij incidenteel hoger beroep of cassatie wordt ingesteld, vaak niet alle door de art. 85 en 433 vereiste gegevens bevat, met name niet de dagtekening van de uitspraak waartegen het rechtsmiddel is ingericht.

Artikel 2

Het eerste lid stemt overeen met wat in beginsel bij alle ter griffie binnenvallende stukken pleegt te geschieden.

Verduidelijkt is dat het hier moet gaan om een aantekening op het stuk waarbij het rechtsmiddel is ingesteld zelf, en niet bijvoorbeeld alleen op de begeleidende brief, terwijl bovendien moet worden aangetekend dat het stuk ter opneming in het register wordt aangeboden.

Het tweede lid beoogt een niet te strak voorschrift te geven dat waarborgt dat de aangeboden stukken geordend worden bewaard en terug te vinden zijn, wanneer dit met het oog op het geven van inlichtingen nodig is. Het is niet wenselijk dit voor alle griffies precies gelijk vast te leggen.

Artikel 3

Dit artikel waarborgt dat een belanghebbende eenvoudig kan aantonen dat hij aan de eisen, die in de hier vermelde artikelen worden gesteld, voldaan heeft.

*Bron Staatscourant
12 maart 1991*

N.B. Deze laatste bepalingen zullen in het thans voorbereide wetsontwerp scheidingsprocesrecht voor deze kwestie niet meer van belang zijn, omdat daarin een ander systeem wordt voorgesteld.

De "de auditu cultuur" op de helling

EHRM 27 september 1990, Windisch case (Series A, vol. 186)

EHRM 19 december 1990, Delta case (Series A, vol. 191)

EHRM 19 februari 1991, Isgro case (Series A, vol. 194-A)

EHRM 19 maart 1991, Cardot case (Series A, vol. 200)

Menig rechter en officier van justitie zal de hete adem van Cardot in zijn nek hebben gevoeld na het rapport van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in de zaak Cardot tegen Frankrijk dd. 3 april 1990 (zie *Advocatenblad*, afl. 5 1991 p. 142 t/m 148), waarin de Europese Commissie in niet mis te verstane bewoordingen een lans breekt voor het onmiddellijkheidsbeginsel.

De Commissie geeft aan dat de verdediging in staat moet worden gesteld alle bewijs te toetsen, terwijl bovendien alle bewijs in principe op de openbare zitting in aanwezigheid van de procespartijen behoort te worden geleverd. De Commissie stelt dat in zijn algemeenheid alle getuigen á

charge op de zitting behoren te worden gehoord met het oog op de mogelijkheid tot tegenspraak en de Commissie acht het van eminent belang dat de rechtbank die uiteindelijk vonnist (trial court) zich een *eigen* mening vormt van de betrouwbaarheid van de getuige op basis van eigen waarneming en ondervraging van de getuige op zitting. Het de auditu bouwwerk, waarop onze strafrechtspleging zo zwaar rust, zou wel eens in kunnen storten.

Met name de rechterlijke macht, die de hordes getuigen op zitting al zag aankomen en zich geen raad zou weten met het plannen van zittingen getuigt op het nu al overvolle schema, zal opgelucht adem hebben gehaald toen bekend werd dat Cardot door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens op 19 maart 1991 niet ontvankelijk werd verklaard. Waarschijnlijk is echter de adempauze maar kort, want ondanks de niet-ontvankelijkverklaring in de zaak Cardot wordt uit de Straatsburgse jurisprudentie steeds duidelijker dat het onmiddellijkheidsbeginsel op de zitting serieus moet worden genomen wil er sprake zijn van een fair trial in de zin van art. 6 EVRM. Want behalve in de zaak van Cardot heeft het Europese Hof nog in drie andere zaken arrest gewezen, op 27 september 1990 in de zaak Windisch, op 19 december 1990 in de zaak Delta en op 19 februari 1991 in de zaak Isgro. De belangrijkste overwegingen van het Europese Hof in deze zaken zullen hierna worden opgenomen en besproken.

Allereerst de zaak Cardot. Cardot werd in Frankrijk in 1982 veroordeeld voor deelname aan drugsmokkel op basis van verklaringen die medeverdachten die al eerder berecht en veroordeeld waren in hun strafzaak hadden afgelegd. Cardot was wel door de rechter-commissaris in zijn strafzaak geconfronteerd met zijn inmiddels berechte medeverdachten. Het verweer van Cardot in alle instanties was dat hij niet veroordeeld kon worden op basis van verklaringen van verdachten afgelegd in strafzaken waarvan hij niet had deelgenomen en waartegen hij geen verweer had kunnen voeren op het moment dat de verklaringen werden afgelegd. Cardot heeft in geen instantie verzocht zijn medeverdachten als getuigen op te roepen en heeft in cassatie aan zijn verweer toegevoegd dat de rechten van de ver-

dediging waren geschonden. Hij heeft zich in geen enkele instantie in materiële zin of met zoveel woorden beroepen op het recht de getuigen te horen ex art 6 lid 3 (d) EVRM. Het Hof overweegt als volgt:

(...)

32. The Government's main submission, which was the same as that made before the Commission, was that Mr Cardot had not exhausted domestic remedies as he had failed to raise in the French courts, even in substance, the complaint based on a violation of Article 6 § 3 (d) of the Convention.

The applicant had not called any witnesses in the Criminal Court proceedings or asked the Court of Appeal to summon any, as he was entitled to do under Article 437 and Article 513, second paragraph, of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 28 above). Furthermore, in his appeal on points of law to the Court of Cassation he had impugned the appeal court's judgment of 17 March 1983 only by reference to the judgment of 18 February 1982 concerning the appeals of his former co-defendants (see paragraph 26 above); he had not raised any issue concerning the hearing of witnesses either expressly or by implication.

33. The Delegate of the Commission submitted, on the contrary, that Mr Cardot had satisfied the requirements of Article 26 of the Convention by appealing on points of law. In claiming that the use of evidence gathered in other proceedings was contrary to the rights of the defence, he had in substance complained of not having had a fair trial; by challenging the reasoning in the Grenoble Court of Appeal's judgment, he had implicitly criticised the taking of evidence during his appeal, including the failure to examine witnesses at the hearing.

34. The Court does not accept this argument. Admittedly, Article 26 must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism (see, among other authorities, the Guzzardi judgment of 6 November 1980, Series A no. 39, p. 26, § 72), but it does not require merely that applications should be made of remedies designed to challenge decisions already given. It normally requires also that the complaints intended to be made subsequently at Strasbourg should have been made to those same

courts, at least in substance and in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law (*ibid.*, p. 25-27, §§ 71-72; see also the decision of the Commission of 11 January 1961 on the admissibility of application no. 788/60, *Austria v. Italy*, Yearbook of the Convention, Vol. 4, p. 170-172) and, further, that any procedural means which might prevent a breach of the Convention should have been used (see the Barberà, Messegue and Jabardo judgment of 6 December 1988, Series A no. 146, p. 28-29, §§ 58-59, and also the Commission decision previously cited, p. 166-170).

Practice in international arbitration would appear to reflect a similar approach. An example is to be found in the award of 6 March 1956 in the *Ambatielos* case. The British Government argued that legal remedies had not been exhausted, on the ground that the claimant, a Greek shipowner, had not called a witness during proceedings in an English court. The Commission of Arbitration allowed the objection in the following terms:

"The rule [of exhaustion] requires that 'local remedies' shall have been exhausted before an international action can be brought. These 'local remedies' include not only reference to the courts and tribunals, but also the use of the procedural facilities which municipal law makes available to litigants before such courts and tribunals. ...

It would be wrong to hold that a party who, by failing to exhaust his opportunities in the Court of first instance, has caused an appeal to become futile should be allowed to rely on this fact in order to rid himself of the rule of exhaustion of local remedies." (*Reports of International Arbitral Awards*, United Nations, vol. XII, p. 120 and 122)

35. In the court of first instance Mr Cardot did not express any wish that evidence should be heard from his former co-defendants, although they said that he had played a major part in organising the smuggling of hashish from Iran to France and although three of them, when confronted with him before the investigating judge, had confirmed their earlier statements (see paragraph 20 above). Nor did he make any application to the Court of Appeal for such evidence to be heard. The case file discloses no special reason which could have excused him

from calling those witnesses or applying to have them called.

As to his appeal on points of law, only one of the three grounds put forward related to the proceedings in respect of the former co-defendants who had been heard in that capacity at the time (see paragraph 26 above). Above all, it did not rely on paragraph 3 (d) of Article 6 or even on the general principle in paragraph 1 and did not refer to the statements that Mr Humbert, Mr Millo, Mr Jacques Montaner and Mr Jean Montaner had made to the investigating judge; so that it was too vague to draw the Court of Cassation's attention to the issue subsequently submitted to the Convention institutions, namely the failure to hear prosecution witnesses at any stage of the court proceedings against Mr Cardot. It may also be asked whether it would have been admissible for Mr Cardot, who had not raised this point before the trial courts, to raise it for the first time in the Court of Cassation. At all events, nothing would have prevented him from appealing against the Valence Criminal Court's judgment if he had been unsuccessful in calling witnesses at the trial, or from challenging in the Court of Cassation a judgment of the Grenoble Court of Appeal in which it refused to grant an application for witnesses to be heard (see, *mutatis mutandis*, the Delta judgment of 19 December 1990, Series A no. 191, p. 9-10, §§ 18-21).

36. In sum, Mr Cardot did not provide the French courts with the opportunity which is in principle intended to be afforded to Contracting States by Article 26, namely the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them (see, among other authorities, the Guzzardi judgment previously cited, Series A no. 39, p. 27, § 72). The objection that domestic remedies have not been exhausted is therefore well founded. For these reasons, the Court holds by six votes to three that by reason of the failure to exhaust domestic remedies, it is unable to take cognisance of the merits of the case.

Er zijn drie dissenting opinions van Macdonalds, Martens en Morenilla die het niet eens zijn met de niet-ontvankelijkverklaring. In de eerste plaats zijn zij allen van mening dat Cardot voldoende substantieel ver-

weer heeft gevoerd en daarmee de rechterlijke instanties mogelijkheden heeft geboden een schending van art. 6 EVRM te voorkomen of ongedaan te maken. Bovendien zijn zij van mening dat vraag van ontvankelijkheid niet formalistisch dient te worden benaderd, zeker indien het om een kennelijk gegronde klacht gaat en de nationale rechters de verplichting hebben ambtshalve toe te zien op de naleving van de bepalingen van art. 6 EVRM, zoals in Frankrijk het geval is. Het beroep van de Franse regering op niet ontvankelijkheid wegens het onvoldoende uitputten van rechtsmiddelen zou dan ook niet gehonoreerd moeten worden. Daarnaast is Morenilla met Martens van mening, dat het Hof niet alsnog tot een niet-ontvankelijkverklaring behoort te komen als de Commissie de klacht ontvankelijk heeft verklaard. Zij bepleiten hiermee het verlaten van het eerder door het Hof ingenomen standpunt dat ook het Hof zich nog kan uitspreken over de ontvankelijkheid van de klacht (EHRM 18 juni 1971 *De Wilde, Ooms en Versyp*, Series A, no. 12).

Dan de *Windisch* case. Deze betreft een klacht tegen Oostenrijk die veel gelijkenis vertoont met de casus in de *Kostovski* case: *Windisch* werd in Oostenrijk veroordeeld tot drie jaar gevangenisstraf voor het plegen van een inbraak, welke veroordeling voornamelijk werd gebaseerd op twee anonieme getuigen die verklaarden twee mannen en een minibusje, waarvan zij het nummer hadden genoteerd omdat een van de mannen zijn gezicht gedeeltelijk met een zakdoek had bedekt en zij dit verdacht vonden, op desbetreffende avond dicht bij de plaats van de gepleegde inbraak te hebben gezien. Bij een foto- en "verdekte" confrontatie (vanuit een auto) herkenden zij *Windisch* als een van de twee mannen. De anonieme getuigen, twee vrouwen wilden wegens angst voor represaille anoniem blijven en op de zitting werden drie politieagenten die de getuigenverklaringen hadden opgenomen gehoord. De politieagenten hadden verklaard dat de getuigen betrouwbaar waren. In deze zaak herhaalt het Europese Hof de overwegingen in de *Kostovski* Case maar voegt daar nog aan toe in § 28:

"At the hearings on 6 and 20 November 1985 the defence was admittedly

able to question, in relation to the two woman's statements, three of the police officers connected with the investigation. Furthermore, according to the Government, the applicant could have put written questions to the women and he so requested at the trial. These possibilities cannot, however, replace the right to examine directly prosecution witnesses before the trial court. In particular, the nature and scope of the questions that could be put in either of these ways were, in the circumstances of the case, considerably restricted by reason of the decision to preserve the anonymity of these two persons (see paragraphs 12 and 14 above; see also the above mentioned *Kostovski* judgment, Series A no 166, p. 20. 42)

Being unaware of their identity, the defence was confronted with an almost insurmountable handicap: it was deprived of the necessary information permitting it to test the witnesses' reliability or cast doubt on their credibility (ibid.)."

In de *Deltazaak* gaat het om een klacht tegen Frankrijk. *Delta* werd in Frankrijk veroordeeld wegens de beroving van een 16-jarig meisje in de metro van Parijs. Het meisje en haar vriendin alarmeerden gelijk de politie waarop in hun aanwezigheid *Delta* bij een uitgang van de Metro werd gearresteerd. De meisjes wezen hem aan als zijnde degene door wie een van hen zojuist beroofd was en bleven bij nadere ondervraging door de politie bij hun verklaringen. Zij legden de verklaringen niet anoniem af. Bij *Delta* werden de spullen van het meisje niet aangetroffen en *Delta* meende dat er sprake moest zijn van een persoonsverwisseling. *Delta* werd door de Parijse rechtbank berecht en alhoewel de twee meisjes door de officier van justitie als getuigen werden opgeroepen verschenen zij niet op de zitting. Desalniettemin werd *Delta* veroordeeld op basis van de verklaringen die de meisjes bij de politie hadden afgelegd. Het Hof van Parijs bevestigt de veroordeling en wijst het verzoek van de verdediging de getuigen alsnog te horen af:

"after the defendant's arrest, Miss Poggi formally stated that this was the man who had snatched the chain from her. Miss Blin likewise identified *Delta* as being responsible for the snatch theft from Miss Poggi.

These statements satisfy the Court

that the defendant was guilty of the offences charged and make the requested examination of the witnesses unnecessary."

In cassatie wordt de uitspraak van het Hof bevestigd.

Het Europese Hof oordeelt deze gang van zaken unaniem als zijnde in strijd met art. 6 lid 1 en lid 3 (d) van het EVRM. Het Europese Hof overweegt:

(...)

33. The Government pointed out that in the Paris Criminal Court the applicant did not call any witnesses or request any further inquiries into the facts. They added that the prosecution did not fail to summon the victim of the attack and her friend, but the girls did not appear in court; there had accordingly not been any inequality of treatment between the prosecution and the defence.

In the Court of Appeal Mr Delta had indeed asked that Miss Poggi and Miss Blin should be called, together with two defence witnesses, but the Government alleged that he had only done so in order to challenge the judgment at first instance by every possible means and not in order to complain of any inequality of treatment. Generally speaking, Article 6 § 3 (d) did not, they submitted, give an accused an unlimited right to call witnesses; it allowed the judicial authorities a discretion to decide whether hearing a witness could contribute to the discovery of the truth. The applicant had in no way shown how the appearance in court of the victim and her friend or of defence witnesses who had not seen what had happened could provide any evidence of his innocence.

34. As the guarantees in paragraph 3 of Article 6 are specific aspects of the right to a fair trial set forth in paragraph 1, the Court will consider the applicant's claim under paragraphs 3 (d) and 1 taken together (see, among other authorities, the *Windisch* judgment of 27 September 1990, Series A no. 186, p. 9, § 23).

Although the victim of the offence and her friend did not testify in court in person, they are to be regarded for the purposes of Article 6 § 3 (d) as witnesses – a term to be given an autonomous interpretation (ibid., p. 9, § 23) – since their statements, as reported orally by Police Constable Bonci at the Criminal Court hearing and as re-

corded in writing by Inspector Duban, were in fact before the court, which took them into account.

35. The admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law, and, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them. Accordingly, the Court's task under the Convention is to ascertain whether the proceedings considered as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair (*ibid.*, p. 10, § 25).

36. In principle, the evidence must be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument. This does not mean, however, that in order to be used as evidence statements of witnesses should always be made at a public hearing in court: to use as evidence such statements obtained at the pre-trial stage is not in itself inconsistent with paragraphs 3 (d) and 1 of Article 6, provided the rights of the defence have been respected. As a rule, these rights require that an accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either at the time the witness makes his statement or at some later stage of the proceedings (see the Kostovski judgment of 20 November 1989, Series A no. 166, p. 20, § 41).

37. In the instant case Miss Poggi and Miss Blin had been interviewed, at the police-investigation stage, only by PC Bonci and the inspector who drew up the record of their statements. They were questioned neither by an investigating judge, because of recourse to the direct committal procedure (see paragraph 15 above), nor by the courts.

Before the Criminal Court the defence did not ask in their written submissions for any witnesses to be called. Nevertheless, the prosecution had duly summoned the two girls and, since they did not appear and gave no reasons for their failure to do so, the court could have made use of Articles 438 and 439 of the Code of Criminal Procedure to compel them to attend. In the Court of Appeal, on the other hand, the defendant – relying, *inter alia*, on Article 6 § 3 (d) of the Convention – expressly asked for the complainant and her friend and two defence witnesses to be summoned. This application was, however, refused (see paragraph 20 above).

Accordingly, neither the applicant nor his counsel ever had an adequate opportunity to examine witnesses whose evidence, which had been taken in their absence and later reported by a policeman who had not witnessed the attack in the underground, was taken into account by the courts responsible for trying the facts – decisively at first instance and on appeal, as the file contained no other evidence. They were therefore unable to test the witnesses' reliability or cast doubt on their credibility.

In sum, the rights of the defence were subject to such restrictions that Mr Delta did not receive a fair trial. There has accordingly been a breach of paragraph 3 (d) of Article 6 taken together with paragraph 1.

Als laatste de zaak Isgro, betreffende een klacht tegen Italië. Isgro werd verdacht van deelname aan een ontvoering met dodelijke afloop. Zijn arrestatie vond plaats naar aanleiding van belastende verklaringen van een getuige tegenover de Carabinieri, die beweerde door Isgro te zijn benaderd om behulpzaam te zijn bij desbetreffende ontvoering. Bij de onderzoeksrechter wordt Isgro geconfronteerd met de getuige, welke hij eerder heeft verklaard te kennen. Isgro stelt door deze getuige te zijn benaderd om mee te doen aan de ontvoering en niet omgekeerd. Tijdens de confrontatie, waarbij volgens toen geldende wettelijke bepalingen de advocaat niet aanwezig kon zijn, krijgt Isgro uitgebreid de gelegenheid de getuige te ondervragen welk vraag- en antwoordspel letterlijk in het procesverbaal van de onderzoeksrechter is opgenomen. Tijdens de zittingen voor de Rechtbank en het Hof in Milaan worden meerdere getuigen gehoord. De getuige waarmee Isgro echter is geconfronteerd bij de onderzoeksrechter blijkt spoorloos te zijn, ondanks herhaalde speuracties van de zijde van justitie. Isgro wordt mede op basis van de bij de onderzoeksrechter afgelegde verklaring in beide feitelijke instanties veroordeeld. In cassatie klaagt hij over het feit dat hij is veroordeeld op grond van een getuigenverklaring afgelegd gedurende de onderzoeksfase zonder dat zijn advocaat in de gelegenheid was geweest deze getuige te ondervragen. De cassatie wordt verworpen en Isgro dient een klacht in bij de Europese Commissie

die met 10 tegen 3 stemmen van mening is dat Isgro's recht op een fair trial is geschonden. Het Europese Hof is een andere mening toegedaan:

(...)

34. All the evidence must normally be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument. However, the use as evidence of statements obtained at the pre-trial stage is not in itself inconsistent with paragraphs 3 (d) and 1 of Article 6, provided the rights of the defence have been respected. As a rule, these rights require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him either when he was making his statements or at a later stage of the proceedings (see the Kostovski judgment of 20 November 1989, Series A no. 166, p. 20, § 41, and the above-mentioned Delta judgment, Series A no. 191, p. 16, § 36).

35. It is therefore necessary to determine whether Mr Isgro had such opportunity. In this respect the present dispute differs from other cases heard by the Court (the Kostovski judgment, cited above, Series A no. 166, p. 20, §§ 42-43; the Windisch judgment of 27 September 1990, Series A no. 186, p. 10-11, §§ 27-29; the Delta judgment, cited above, Series A no. 191, p. 16, §§ 36-37).

In the first place the witness was not anonymous: Mr D.'s identity was known both to the defence and to the investigating judge as well as to the first-instance and appeal courts. In particular, the investigating judge had questioned him several times on matters concerning the applicant and the co-accused; he had also organised two confrontations intended to compare the earlier statements of Mr D. with those respectively of Mr Isgro and a co-accused.

Secondly, the confrontation of 10 April 1979 enabled the applicant to put questions directly to Mr D. and to discuss his statements, thus providing the investigating judge with all the information which was capable of casting doubt on the witness's credibility. Mr Isgro was also able to repeat in person his claims before the first-instance court and the court of appeal. Finally, although the District Court and the Court of Appeal were unable, despite their efforts, to take evidence

from Mr D. in person (see paragraph 32 above), that does not mean that they based their decision solely on the statements made by him to a judge, whose impartiality has not been contested. They also had regard to other testimony, including that of the applicant's wife, and to the observations submitted by the applicant during the investigation and at the trial.

36. It is indeed true that the applicant's lawyer did not attend the confrontation in question, and was prevented from so doing by Article 304 bis of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 23 above), but the public prosecutor was likewise absent. In the case under examination the purpose of the confrontation did not render the presence of Mr Isgro's lawyer indispensable; since it was open to the applicant to put questions and to make comments himself, he enjoyed the guarantees secured under Article 6 § 3 (d) to a sufficient extent.

The Court draws attention to the fact that during the trial the applicant's lawyer was able to carry out his brief with knowledge not only of Mr D.'s allegations, but also of his identity; he could thus challenge the accuracy of those allegations and the credibility of the witness himself.

37. In sum, any limitations which may have been imposed on the rights of the defence were not such as to deprive him of a fair trial. It follows that there has been no violation of paragraph 3 (d) of Article 6, taken in conjunction with paragraph 1.

Voormelde uitspraken van het Europese Hof vormen, in samenhang met eerdere uitspraken in de Kostovski- en Unterpertingerzaak, delen in een legpuzzel waarbij steeds duidelijker zichtbaar wordt dat de in Nederland heersende de-audit cultuur bij de berechting van strafzaken, op zeer gespannen voet staat met de eisen die art. 6 EVRM stelt.

Het Europese Hof blijft bij iedere zaak herhalen dat het bewijs in strafzaken in principe op de openbare zitting in aanwezigheid van alle partijen behoort te worden geleverd. Dat is ook de plaats waar de getuigen moeten worden gehoord. Dit beginsel lijdt slechts uitzondering indien de verdachte in enig stadium van de strafprocedure in de gelegenheid is geweest de getuige op een adequate manier te ondervragen.

De uitspraak van het Europese Hof in de Cardot-zaak maakt duidelijk dat de verdediging niet op zijn lauweren kan rusten en in ieder geval de mogelijkheden die haar ter beschikking staan moet gebruiken om getuigen ook op zitting te krijgen. Indien dit niet gebeurt zijn naar de mening van de meerderheid van het Hof de rechtsmiddelen niet uitgeput. Ook maakt de uitspraak duidelijk hoe belangrijk het is als advocaat in een strafzaak reeds zo vroeg mogelijk enige geconstateerde strijd met art. 6 EVRM in een strafzaak te signaleren en in brieven aan de R-C's, pleitnota's en cassatieschriften met zoveel woorden aan de kaak te stellen.

De Delta-zaak maakt duidelijk dat getuigenbewijs, vergaard in de opsporingsfase niet voor het bewijs gebruikt kan worden als de verdediging/verdachte niet in enig stadium van de zaak in de gelegenheid is geweest de getuige te ondervragen. Hiermee kan de jurisprudentie van de Hoge Raad, op grond waarvan van het horen van een getuige kan worden afgezien indien redelijkerwijs niet te verwachten is dat de verdachte door het achterwege blijven van de oproeping van de getuige niet in zijn verdediging is geschaad, niet zonder meer in stand blijven. Dit geldt met name voor de situatie dat de verdachte niet in de gelegenheid is geweest de getuige rechtstreeks vragen te stellen. (zie E.J. Hofstee, De getuige, bijdrage aan de bundel In zijn verdediging geschaad, Gouda Quint Arnhem 1989, p. 173.) In de Isgro-zaak vindt het Europese Hof dat de rechten van de verdediging voldoende zijn gerespecteerd nu Isgro in de onderzoeksfase de getuige uitgebreid heeft kunnen ondervragen. Het Europese Hof let hierbij duidelijk ook op de andere omstandigheden in de zaak: er was ook ander bewijs, er was heel veel moeite gedaan de getuige op zitting te krijgen en de getuige was niet anoniem.

In de zaak van Windisch wordt door het Europese Hof nog eens scherp geformuleerd hoe ernstig de rechten van de verdediging beknut worden als de identiteit van de getuige niet bekend is. Dit wordt een "insurmountable handicap" voor de verdediging genoemd. Ook wordt de mogelijkheid van het stellen van schriftelijke vragen aan de anonieme getuige als adequate mogelijkheid met zoveel woorden gediskwalificeerd.

Na deze jurisprudentie kan moeilijk staande worden gehouden dat de anonieme getuigenverklaring als bewijsmiddel verenigbaar is met art. 6 EVRM. Evenmin kunnen verklaringen van met name genoemde getuigen die niet door de verdediging zijn gehoord in enig stadium van het strafproces voor het bewijs worden gebruikt. Terwijl het Europese Hof het uitgangspunt van het onmiddellijkheidsbeginsel blijft onderstrepen, zal het vooral de taak van de verdediging blijven de rechten voortvloeiend uit art. 6 EVRM te bewaken. Gelet op de verwerking van onderhavige jurisprudentie door de Nederlandse rechterlijke macht zitten daar nog wel wat reizen naar Straatsburg in (ik verwijs naar de zeer ruime interpretatie van de HR van de Kostovskizaak m.b.t. de toelaatbaarheid van de anonieme getuigenverklaring voor het bewijs, HR 2-7-1990, NJ 1990, 692, Advocatenblad 1990, p. 426). Zo is het de vraag wat men in Straatsburg vindt van de praktijk van de meeste Nederlandse rechtbanken, de zaak op grond van tijdsbesparing voor de rechtbank (voor de verdachte geen tijdsbesparing maar een verlenging van zijn voorlopige hechtenis), terug te verwijzen naar de R-C als er getuigen moeten worden gehoord. En hoe zit het als de verdachte niet bij het getuigenverhoor aanwezig mag zijn (b.v. bij een zedenmisdrijf) maar zijn advocaat wel?

Enige creativiteit aan de zijde van de verdediging is hierbij nooit weg. Zo stelt Spong in een cassatiemiddel in een strafzaak waarbij voor het bewijs gebruik was gemaakt van een sorteerproef (HR 5 februari 1991, nr. 88.526), dat een speurhond op één lijn dient te worden gesteld met een anonieme getuige of een pop, immers aan geen van allen kunnen vragen worden gesteld. De Hoge Raad zal hebben geglimlacht maar casseerde uiteraard niet.

*Mr. Taru Spronken
(Vakgroep Strafrecht
RU Limburg)*